

**A. I. Nº** - 206828.0015/03-8  
**AUTUADO** - POSTO PÉ DA SERRA LTDA.  
**AUTUANTE** - LUIZ CARVALHO DA SILVA  
**ORIGEM** - INFAZ VITORIA DA CONQUISTA  
**INTERNET** - 31.03.04

## 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0074-02/04

**EMENTA:** ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) OMISSÃO DE ENTRADA. Tratando-se de omissão do registro de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária e estando ainda em estoque ou saído sem tributação, é devido o pagamento do imposto pelo sujeito passivo, na condição de responsável solidário por ter adquirido mercadoria recebida de terceiro desacompanhada de documentação fiscal. b) MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É devido o imposto por antecipação, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 23/12/2003, refere-se à exigência de R\$461.457,71 de imposto, mais multa tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques:

1. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas a substituição tributária, exercício de 2001 (álcool).
2. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, exercício de 2001 (álcool).
3. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas a substituição tributária, exercícios de 1998 e 2000 (diesel).
4. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, exercícios de 1998 e 2000 (diesel).

5. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas a substituição tributária, exercícios de 2001 e 2002 (gasolina).
6. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, exercício de 2001 (gasolina).
7. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas a substituição tributária, exercício aberto, período de 01/01 a 06/10/2003 (diesel).
8. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, exercício aberto, período de 01/01 a 06/10/2003 (diesel).
9. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas a substituição tributária, exercício aberto, período de 01/01 a 06/10/2003 (gasolina).
10. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, exercício aberto, período de 01/01 a 06/10/2003 (gasolina).

O autuado, em seu recurso às fls. 1094 a 1102 dos autos, se insurge contra o Auto de Infração, apresentando preliminar de nulidade por entender que a exigência fiscal fere o princípio da legalidade, considerando que o fato narrado não foi eleito pelo legislador como gerador de ICMS. Citou os arts. 155 da Constituição Federal e 114 do CTN. Disse que ninguém está obrigado a pagar tributo por descumprimento de Regulamento e/ou Portaria, e quanto à multa aplicada, entende que a Portaria é instrumento inapto para criar obrigação tributária, nem o Regulamento pode criar, porque o seu objetivo é apenas dar aplicabilidade à Lei em função da qual foi criado. Comentou sobre o excesso de exação, e não concordou com a omissão de entradas mencionada no Auto de Infração.

O defendente comentou sobre o Estado Democrático de Direito, falou sobre os ensinamentos de Aliomar Baleeiro em sua obra “Direito Tributário Brasileiro”, e quanto ao mérito, apresentou o entendimento de que escrituração equivocada de livro fiscal não é fato gerador de ICMS, sendo um indício de sonegação, e que ninguém pode ser punido com base em indícios. Comentou sobre a limitação do poder de tributar e informou que o autuado está corrigindo os equívocos a fim de que seja encontrada a real circulação de mercadorias para, em tempo oportuno, apresentar tudo ao fisco. Disse que se for apurado tributo devido, será diverso do reclamado no Auto de Infração, ficando desqualificado o arbitramento feito, conforme art. 938, § 3º do RICMS-BA, por isso, pede

que seja rejeitada a cobrança do imposto, considerando que não se dispensa a prova inequívoca da existência de fato gerador. Pede que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O autuante apresentou informação fiscal, contestando a preliminar apresentada no recurso do autuado, e quanto ao mérito, informou que a escrituração que serviu de base à autuação mostra-se bem consistente e lógica, os estoques estão condizentes com a realidade de um posto de combustíveis como o autuado. Disse que no recurso apresentado pelo contribuinte não houve contestação quanto a forma de apuração dos valores exigidos, nem em relação aos demonstrativos acostados aos autos, e o defendente não aduziu qualquer prova que pudesse respaldar as suas alegações. Citou o art. 123 do RPAF/99 e pedindo pela procedência do Auto de Infração.

## VOTO

Analisando a preliminar de nulidade suscitada na defesa do autuado sob a alegação de que a exigência fiscal fere o princípio da legalidade, observo que não se inclui na competência desta JJF a declaração de inconstitucionalidade de lei ou dispositivo regulamentar, conforme art. 167, inciso I, do RPAF/99. Assim, fica rejeitado o pedido de nulidade apresentado nas razões de defesa, considerando que o PAF está revestido das formalidades legais, não foram constatados vícios formais ou materiais que comprometam a autuação fiscal, e não se encontram os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99 para determinar a nulidade do Auto de Infração.

Quanto ao mérito, constatei que o Auto de Infração é decorrente de levantamento quantitativo de estoques, período de 01/01/98 a 06/10/2003, sendo constatadas diferenças quantitativas de entradas de mercadorias tributáveis, e exigido o imposto relativamente às diferenças encontradas.

O autuado alegou em sua defesa que escrituração equivocada de livro fiscal não é fato gerador de ICMS, sendo um indício de sonegação; que está corrigindo os equívocos a fim de que seja encontrada a real circulação de mercadorias para em tempo oportuno, apresentar tudo ao fisco, e se for apurado algum tributo devido, o valor será diverso do reclamado no Auto de Infração.

Observo que o levantamento fiscal está lastreado em documentos e livros fiscais, conforme demonstrativos acostados aos autos, fls. 21 a 64, além de xerocópias do Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), fls. 102 a 1090 do PAF, ressaltando-se que não houve a juntada de qualquer elemento pelo autuado para contrapor o levantamento fiscal, e os fatos descritos no Auto de Infração estão vinculados à escrituração e documentos que estão na posse do autuado, cuja prova do equívoco alegado poderia ter sido juntada ao presente processo.

A legislação estabelece que a impugnação do sujeito passivo deve ser acompanhada de provas que o mesmo tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações (art. 123 do RPAF/99), e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143 do RPAF/99).

Também não é acatada a alegação defensiva de que o fato narrado no Auto de Infração não foi eleito pelo legislador como gerador de ICMS, haja vista que as infrações apuradas e os respectivos valores exigidos estão conforme discriminação a seguir:

- Tratando-se de omissão do registro de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária e estando ainda no estoque ou saído sem tributação é devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiros desacompanhada de documentação fiscal (infrações 1, 3, 5, 7, 9), conforme arts. 10, inciso I, alínea “a” e 15, inciso I, alínea “a”, Portaria 445/98 e RICMS/97, art. 39, V.

- É devido também, o imposto apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA previstos no Anexo 88 do RICMS/97 relativamente às mercadorias sujeitas a antecipação tributária, cuja diferença de entrada foi apurada (infrações 2, 4, 6, 8, 10), conforme art. 10, inciso I, alínea “b”, Portaria 445/98.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, considerando que está comprovado nos autos o cometimento das infrações apuradas.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206828.0015/03-8**, lavrado contra **POSTO PÉ DA SERRA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$461.457,71**, sendo R\$R\$56.795,00, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 70% sobre R\$36.479,54, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96; 60% sobre R\$20.315,46, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes e mais R\$404.662,71, acrescido das multas de 70% sobre R\$309.493,88, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96; 60% sobre R\$95.168,83, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de março de 2004.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR - JULGADOR